

## Решение по делу по заявлению ЗАО «НПО «Антивирал» и ООО «АнвиЛаб»

*Резолютивная часть решения оглашена «07» ноября 2011 г.*

*В полном объеме решение изготовлено «21» ноября 2011 г.*

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе:

председатель Комиссии:

Кашеваров А.Б. – заместитель руководителя ФАС России,

члены Комиссии:

Карташов Н.Н. – начальник Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

Гриднев Е.И. – начальник отдела защиты от недобросовестной конкуренции Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

Покатович И.С. – заместитель начальника отдела защиты от недобросовестной конкуренции Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

Гаврилов Д.А. – главный специалист-эксперт отдела защиты от недобросовестной конкуренции Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

Кононова Н.В. – ведущий специалист-эксперт отдела защиты от недобросовестной конкуренции Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев в присутствии представителей ЗАО «НПО «Антивирал» Чернышевой Н.Н., Бондаренко К.А. (по доверенностям от 01.08.2011), представителей ООО «АнвиЛаб» Цинцадзе М.В. (по доверенности от 05.09.2011 № 21), Черешнева К.А. (по доверенности от 21.07.2011) и представителей ЗАО «Натур Продукт Интернэшнл» Золотых Н.И., Курапова Г.П., Клефтортова Б.А., Кураповой А.Г., Смирнова А.В. (по доверенностям от 14.09.2011),

дело № 1 14/152-11 по признакам нарушения ЗАО «Натур Продукт Интернэшнл» (ИНН/ОГРН 7802114862/1037804033057, КПП 470401001, адрес: 188800, Ленинградская обл., Выборгский р-н, г. Выборг, ул. Крепостная, д. 23) части 2 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции»),

### У С Т А Н О В И Л А:

В Федеральную антимонопольную службу поступили заявления ЗАО «НПО «Антивирал» и ООО «АнвиЛаб» (далее – Заявители) о нарушении антимонопольного законодательства

со стороны ЗАО «Натур Продукт Интернэшнл» (далее – Ответчик), выразившемся в недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительных прав на словесный товарный знак по свидетельству № 406816 и комбинированные товарные знаки по свидетельствам №№ 375093 и 375094.

Из заявлений и приложенных к нему материалов следует, что Заявители и Ответчик являются фармацевтическими компаниями, вводящими в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственные средства, в частности противогриппозные препараты.

Заявители вводят в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственные средства «Антигриппин-АНВИ» и «АнтиГриппин-Максимум».

ООО «АнвиЛаб» является патентообладателем промышленных образцов по патентам №№ 65842 «Упаковка», 65841 «Упаковка», 65573 «Упаковка (четыре варианта)» и 65700 «Этикетка» на упаковки и этикетки с использованием словесного элемента «АнтиГриппин».

ЗАО «НПО «Антивирал» получило права пользования перечисленными объектами интеллектуальной собственности на основании лицензионного договора № 04-2011/Анви-Лаб-Анти от 25.04.2011 между ООО «АнвиЛаб» и ЗАО «НПО «Антивирал» (уведомление о поступлении заявления о регистрации договора от 28.06.2011 № 2011ДО10107).

Ответчик специализируется на дистрибуции в России и странах СНГ фармацевтической продукции европейских производителей «Natur Produkt Europe B.V.» (Нидерланды) и «Натур Продукт Фарма Сп з о.о.» (Польша).

Ответчик является правообладателем словесного товарного знака «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 от 20.04.2010 (дата приоритета 03.06.2009) и комбинированных товарных знаков с охраняемым словесным элементом «АнтиГриппин» по свидетельствам №№ 375094 и 375093 от 20.03.2009 (дата приоритета 27.03.2007), зарегистрированных для товаров по 05 классу МКТУ.

Ответчик вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственные средства, в частности лекарственные средства с использованием наименования «АнтиГриппин», что подтверждается в том числе информацией с Интернет-сайта Ответчика [www.natur-produkt.ru](http://www.natur-produkt.ru), на котором предлагаются следующие препараты в форме порошка и шипучих таблеток: «АнтиГриппин со вкусом малины», «АнтиГриппин со вкусом грейпфрута», «АнтиГриппин медово-лимонный», «АнтиГриппин ромашковый», «АнтиГриппин для детей», «АнтиГриппин для взрослых».

Заявители в заявлениях указывают, что словесное обозначение «антигриппин» использовалось задолго до регистрации Ответчиком товарных знаков по свидетельствам №№ 375094, 375093, 406816. В частности, словесное обозначение «антигриппин» использовалось в научной литературе с 1963 года для обозначения лекарства, применяемого при лечении гриппа. Препарат не соотносился с каким-либо конкретным

производителем, его состав изменялся, однако в основном слово «антигриппин» фигурировало как название лекарственного средства, содержащего в своем составе в качестве действующих веществ жаропонижающий компонент в сочетании с антигистаминными препаратами и аскорбиновой кислотой.

Также Заявители указывают, что слово «антигриппин» вошло в общее употребление и стало широко известно как слово, обозначающее препарат для лечения гриппа, в качестве которого и вошло в словари русского языка.

ЗАО «НПО «Антивирал» вводило в гражданский оборот с 1994 года лекарственное средство под названием «антигриппин», разработанное совместно с НИИ гриппа РАМН, через аптечную сеть Санкт-Петербурга, что подтверждается представленными в материалы дела копиями договоров.

Ответчик, несмотря на регистрацию препарата «Антигриппин», которую Компания Натур Продукт (Франция) осуществила 04.03.1996 г., начал реализацию препарата на территории Российской Федерации только с января 1997 г., что подтверждается представленными Ответчиком в дело № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства грузовыми таможенными декларациями, а также экспортным сертификатом, полученным Компанией «Натур Продукт Франс» на разрешение производства и/или продажи фармацевтических препаратов, в том числе «Антигриппин», с 17.01.1997 г.

Кроме того, словесное обозначение «антигриппин» использовалось и используется другими производителями в качестве названия лекарственных препаратов, применяемых при лечении гриппа: ООО НПФ «Материя Медика Холдинг» - препарат Агри (Антигриппин гомеопатический) и ОАО «Валента Фармацевтика» - препарат Антигриппин-ОРВИ.

Ранее Роспатент трижды принимал решения об отказе в регистрации товарного знака «антигриппин» по заявкам ЗАО «Антивирал» и ОАО «Щелковский витаминный завод» в связи с тем, что данное обозначение используется в качестве названия конкретного лекарственного препарата, для лечения конкретного заболевания – гриппа, поэтому не обладает различительной способностью.

Ответчиком был зарегистрирован комбинированный товарный знак по свидетельству № 162689 от 31.03.1998 (дата подачи заявки 26.03.1996), в котором словесный элемент «антигриппин» не имел правовой охраны.

Однако, Ответчик начал с 2007 года выпускать лекарственный препарат «Антигриппин» в упаковке, сходной, по мнению Заявителей, с упаковкой препарата «АнтиГриппин-Максимум», выпускаемого ЗАО «НПО «Антивирал» и соответствующего зарегистрированным промышленным образцам, принадлежащим ЗАО «НПО «Антивирал». Указанный новый вид упаковок Ответчика защищен товарными знаками по свидетельствам №№ 375094 и 375093 от 20.03.2009 (дата приоритета 27.03.2007).

В июле 2011 года Ответчиком была осуществлена массовая рассылка писем, адресованных оптовым фармацевтическим организациям и аптечным учреждениям, содержащих призывы к прекращению оборота лекарственных средств «Антигриппин-АНВИ» и «АнтиГриппин-Максимум», несмотря на то, что данные препараты производятся и реализуются в Российской Федерации уже более 10 лет. Также по заявлению Ответчика ФАС России было возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ЗАО «НПО «Антивирал» по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Ответчиком были осуществлены действия по регистрации в качестве товарного знака обозначения, уже долгое время использовавшегося в хозяйственном обороте другими хозяйствующими субъектами.

Таким образом, по мнению Заявителей, действия Ответчика по регистрации и использованию товарных знаков по свидетельствам №№ 375094, 375093, 406816 направлены не на индивидуализацию товаров, а на монополизацию обозначения «антигриппин» с целью вытеснения с рынка лекарственных средств иных производителей противогриппозных и противопростудных лекарственных препаратов с торговым наименованием «Антигриппин», что повлечет убытки для указанных производителей. Такие действия Ответчика противоречат обычаям делового оборота, принципам добропорядочности, разумности и справедливости и направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности за счет снижения затрат на продвижение лекарственных средств с названием «Антигриппин» и устранения конкурентов с товарного рынка. То есть, по мнению Заявителей, действия Ответчика содержат все признаки недобросовестной конкуренции в соответствии с частью 2 статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Ответчик, не согласившись с доводами Заявителей, представил письменные объяснения со следующим обоснованием своей позиции.

Обозначение «Антигриппин» на законных основаниях использовалось группой компаний «Натур продукт» с марта 1996 г., что подтверждается регистрацией указанного препарата в Минздраве (регистрационное удостоверение от 04.03.1996 П-8-242 № 007124) и датой подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки на регистрацию товарного знака со словесным элементом «Антигриппин» (свидетельство № 162689 с приоритетом от 26.03.1996).

В то время как самая ранняя лицензия, выданная ЗАО «НПО «Антивирал» на осуществление фармацевтической деятельности, датирована 31.12.1996. До указанной даты не имеется разрешительных документов на осуществление фармацевтической деятельности, что ставит под сомнение законность деятельности ЗАО «НПО «Антивирал», и на изготовление лекарственного препарата «Антигриппин».

Также Ответчик отметил, что законодательство разграничивает такие понятия как «производство лекарственных средств» и «изготовление лекарственных средств». Лекарственный препарат «Антигриппин» производства группы компаний «Натур

Продукт» произведен промышленным способом, то есть имеет постоянный состав. Лекарственное средство в виде порошка, представляющее собой аптечную пропись, не имело постоянного состава и специального названия, что подтверждается тем, что название «антигриппин» не упоминается ни в одной утвержденной унифицированной прописи.

Утверждения Заявителей о том, что обозначение «антигриппин» является обозначением, указывающим на назначение товара, и вошло во всеобщее употребление также не подтверждается представленными доказательствами и опровергается представленными Ответчиком судебными постановлениями, решениями Роспатента по регистрации товарных знаков Ответчиков и по рассмотрению возражений на предоставление правовой охраны товарному знаку по свидетельству № 375093 и экспертным исследованием специалистов-лингвистов.

Кроме того, Ответчиком приведены доказательства того, что лекарственный препарат «Антигриппин» за последние годы получил широкую известность на территории Российской Федерации, а обозначение «Антигриппин» является одним из самых узнаваемых в сегменте препаратов для симптоматической терапии ОРЗ и уверенно ассоциируется экспертами и потребителями с холдингом «Натур Продукт», что подтверждается упоминанием препарата «Антигриппин» производства группы компаний «Натур Продукт» в справочниках «ВИДАЛЬ» за 1997 и 2000 годы, а также отчетом Аналитического центра Юрия Левады по результатам проведенного социологического опроса.

Также Ответчик полагал, что доказательства, представленные Заявителями, относящиеся к дате введения в оборот фармацевтической продукции, маркированной обозначением «антигриппин», не являются надлежащими. В качестве доказательств Заявителями представлены письма и договоры, которые либо не относятся к существу рассматриваемого дела, либо не содержат свидетельств о введении Заявителями в гражданский оборот лекарственного препарата «Антигриппин», либо оформлены с нарушением законодательства и в силу этого являются ненадлежащими доказательствами. Проанализировав представленные Заявителями доказательства, Ответчик сделал вывод, что Заявителями не представлены надлежащие доказательства введения ЗАО «НПО «Антивирал» в гражданский оборот лекарственного средства под наименованием «Антигриппин» до даты регистрации группой компаний «Натур Продукт» лекарственного препарата с торговым названием «Антигриппин» и введения его в гражданский оборот на территории Российской Федерации и в странах СНГ.

При этом Заявители вводят в гражданский оборот лекарственные средства с названиями, содержащими название препарата Ответчика «Антигриппин» и словесных элементов «АНВИ» и «Максимум». Обозначение «АНВИ» представляет собой товарный знак по свидетельству № 214944, принадлежащий ЗАО «НПО «Антивирал», и является частью его коммерческого обозначения, что может являться для потребителей указанием на производителя. В то время как словесный элемент «Максимум» носит явно хвалебный характер и является неохраноспособным элементом. Именно регистрация 16.09.2005 и ввод в 2006 году в гражданский оборот лекарственного препарата «Антигриппин-

Максимум» и побудило группу компаний «Натур Продукт» предпринять действия по прекращению незаконного использования ее товарных знаков по свидетельствам №№ 375093, 375094, 406816 со словесным обозначением «Антигриппин». Однако в связи с переходом Ответчика в управление группы компаний «Ренова» разрешение этого вопроса было отложено на 2010 год. После детального изучения размеров риска, связанного с введением в заблуждение потребителей и экспертов использованием ЗАО «НПО «Антивирал» обозначений «Антигриппин-АНВИ» и «Антигриппин-Максимум», было принято решение запретить использование этих обозначений для маркировки лекарственных препаратов. Также Ответчик полагал, что данные действия не могут являться проявлением недобросовестной конкуренции, так как направлены на реализацию владельцем зарегистрированного товарного знака своего исключительного права использовать его любым не противоречащим закону способом, распоряжаться товарным знаком и разрешать или запрещать его использование другим лицам. Но Ответчик никогда не использовал и не будет использовать исключительные права на товарные знаки по свидетельствам №№ 375093, 375094, 406816 по отношению к аптечным организациям, изготавливающим препараты по лекарственным прописям.

В связи с изложенным Ответчик полагал, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения антимонопольного законодательства, в связи с чем производство по делу № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства подлежит прекращению.

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотрев имеющиеся в материалах дела доказательства, установила следующие обстоятельства.

АОЗТ «Антивирал» было зарегистрировано 03.10.1994 решением Регистрационной палаты Санкт-Петербурга № 10931 (свидетельство № 7691). В дальнейшем АОЗТ «Антивирал» было переименовано в ЗАО «Антивирал» (решение Регистрационной палаты Санкт-Петербурга от 23.08.1996 № 49860) и в ЗАО «НПО «Антивирал» (решение Регистрационной палаты Администрации Санкт-Петербурга от 28.03.2002 № 269918). В соответствии с Уставом ЗАО «НПО «Антивирал», утвержденным решением общего собрания акционеров ЗАО «НПО «Антивирал» от 26.01.2002 протокол № 04-02, видами деятельности ЗАО «НПО «Антивирал» являются: разработка и производство готовых лекарственных форм и других продуктов фармацевтической промышленности; производство, закупка и реализация лекарственных препаратов и соответствующих продуктов, предметов санитарии и гигиены, а также медицинской техники; осуществление совместно с НИИ гриппа и другими ведущими учреждениями РФ, Европы и США разработок противовирусных препаратов широкого спектра действия против гриппа, ВИЧ и прочих инфекций и др.

ООО «АнвиЛаб» было создано 12.01.2007. В соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ от 11.07.2011 видами деятельности являются производство фармацевтических препаратов и материалов; производство медикаментов, прочих фармацевтических продуктов и изделий медицинского назначения; оптовая торговля изделиями медицинской техники и ортопедическими изделиями; розничная торговля фармацевтическими товарами и др.

Заявители вводят в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственные средства «Антигриппин-АНВИ» (регистрационные удостоверения Р № 000277/01-2001 от 16.02.2001, 16.08.2006, 16.02.2006, 10.10.2007), относящийся к фармако-терапевтической группе средств устранения симптомов ОРЗ и «простуды», и «Антигриппин-максимум» (регистрационные удостоверения № ЛС-000744 от 16.09.2005, 07.04.2008, 25.02.2011 и № ЛСР-002564/08 от 07.04.2008), также относящийся к фармако-терапевтической группе средств устранения симптомов ОРЗ и «простуды».

Ответчик зарегистрирован 04.03.1998 решением Регистрационной палаты Администрации Санкт-Петербурга № 99858 (свидетельство № 64500). В соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ от 26.08.2011 видами деятельности Ответчика являются оптовая торговля фармацевтическими и медицинскими товарами, изделиями медицинской техники и ортопедическими изделиями; розничная торговля фармацевтическими товарами, медицинскими товарами и ортопедическими изделиями и др.

Согласно статье 9 Закона «О защите конкуренции» Ответчик входит в группу лиц с компанией Натур Продукт Европа Б.В. (Nature Produkt Europe BV) (Нидерланды), на имя которой выдано регистрационное удостоверение от 18.08.2009 № ЛСР-006587/09 на торговое наименование лекарственного препарата «Антигриппин», относящегося к фармако-терапевтической группе средств устранения симптомов ОРЗ и «простуды». Впервые регистрационное удостоверение П-8-242 № 007124 на препарат «Антигриппин» было выдано 04.03.1996 на имя компании «Натур Продукт» (Франция), также входившей в группу компаний «Натур Продукт».

Ответчик вводит в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственные средства с использованием наименования «Антигриппин», что подтверждается в том числе Интернет-сайтом Ответчика [www.natur-produkt.ru](http://www.natur-produkt.ru), на котором предлагаются следующие препараты в форме порошка и шипучих таблеток: «АнтиГриппин со вкусом малины», «АнтиГриппин со вкусом грейпфрута», «АнтиГриппин медово-лимонный», «АнтиГриппин ромашковый», «АнтиГриппин для детей», «АнтиГриппин для взрослых», копиями грузовых таможенных деклараций.

Таким образом, Заявители и Ответчик вводят на территории Российской Федерации в гражданский оборот лекарственные средства, в том числе противопростудные препараты, то есть являются хозяйствующими субъектами - конкурентами.

ООО «АнвиЛаб» является патентообладателем промышленных образцов по патентам №№ 65842, 65841, 65573 и 65700 на упаковки и этикетки с использованием словесного элемента «Антигриппин».

ЗАО «НПО «Антивирал» получило права пользования перечисленными объектами интеллектуальной собственности на основании лицензионного договора № 04-2011/Анви-Лаб-Анти от 25.04.2011 между ООО «АнвиЛаб» и ЗАО «НПО «Антивирал» (уведомление о поступлении заявления о регистрации договора от 28.06.2011 № 2011ДО10107).

Ранее Ответчик являлся правообладателем комбинированного товарного знака по свидетельству № 162689 (дата подачи заявки 26.03.1996), зарегистрированного 31.03.1998 в отношении товаров и/или услуг 05 класса МКТУ. В указанный комбинированный товарный знак был включен словесный элемент «антигриппин», однако все словесные, буквенные и цифровые обозначения кроме “NaturProdukt” и «Ваше здоровье и долголетие!», не являлись предметом самостоятельной правовой охраны.

Решением Палаты по патентным спорам от 28.06.2010 досрочно полностью прекращена правовая охрана товарного знака по свидетельству № 162689 в связи с неиспользованием.

В настоящее время Ответчик является правообладателем словесного товарного знака «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 от 20.04.2010 (дата приоритета 03.06.2009) и комбинированных товарных знаков по свидетельствам №№ 375094 и 375093 от 20.03.2009, содержащих охраняемый словесный элемент «АнтиГриппин» (дата приоритета 27.03.2007), зарегистрированных в отношении товаров и/или услуг по 05 классу МКТУ.

По заявлению Ответчика ФАС России возбудил дело № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ЗАО «НПО «Антивирал» по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции», выразившегося в реализации лекарственных препаратов, маркированных обозначением «Антигриппин-АНВИ» и «Антигриппин-Максимум», сходных до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам №№ 375093, 375094, 406816, правообладателем которых является Ответчик.

Однако в ходе рассмотрения дела № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства Заявителями в ФАС России были представлены материалы, доказывающие, что ЗАО «НПО «Антивирал» использовал наименование «Антигриппин» до даты регистрации Ответчиком лекарственного средства под торговым наименованием «Антигриппин», до начала введения Ответчиком зарегистрированного им препарата в гражданский оборот на территории Российской Федерации и вплоть до даты приоритета товарных знаков по свидетельствам №№ 375093, 375094, 406816.

Поступившие материалы послужили основанием для возбуждения дела № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении Ответчика по признакам нарушения части 2 статьи 14 Закона «О защите конкуренции», выразившегося в недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительных прав на словесный товарный знак «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 и комбинированные товарные знаки по свидетельствам №№ 375093 и 375094, и приостановления рассмотрения по делу № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства.

Имеющиеся в материалах дела доказательства свидетельствуют о том, что ЗАО «НПО «Антивирал» начало вводить в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственное средство с использованием обозначения «Антигриппин» с 1995 года. Данное обстоятельство подтверждают следующие документы:



- письмо Комитета по здравоохранению Администрации Санкт-Петербурга от 01.11.1996 № 12-11/6-1411, из содержания которого следует, что ЗАО «НПО «Антивирал» в период сезонной эпидемии гриппа в 1995-1996 годы производил и реализовывал антигриппин, в связи с чем данному предприятию разрешено выпускать малые серии данного препарата по заказам аптек города (в статусе внутриаптечной заготовки);
- договор б/н на поставку непродовольственных товаров от 11.09.1995 г. , заключенный между АОЗТ «Н-Марк» и АОЗТ «Антивирал», и накладная от 11.11.1995 № 819 на 2000 упаковок «Антигриппина»;
- договор от 14.12.1995 № 3071/95, заключенный между ГП Центральная фармацевтическая база Санкт-Петербурга и АОЗТ «Антивирал», по оказанию комплекса услуг по хранению и доставке лекарственных препаратов в аптеки и разрядка к нему на доставку лекарственных препаратов от 09.01.1996 № 3-ЦФБ;
- договор от 26.10.1995 № 162/57 о комплексном рекламном обслуживании, заключенный между ТОО «Производственно-коммерческое предприятие «Балтика» и АОЗТ «Антивирал», с приложением № 1 и приложением № 2 «План рекламной компании АОЗТ «Антивирал» препарата «Антигриппин» на р/с «Радио Балтика»;
- договор поставки от 20.01.1996 № 013-96, заключенный между АОЗТ «Антивирал» и АОЗТ «Хитон», и накладная к нему от 25.01.1996 № 078 на 5000 упаковок «Антигриппина»;
- договор от 12.04.1996 № 200 43/4/96, заключенный ТОО «Производственно-коммерческое предприятие «Балтика» и АОЗТ «Антивирал» на проведение рекламной кампании в программах «Радио Балтика» с приложением эфирной справки об оказании рекламных услуг на радиостанции «Радио Балтика»;
- договор от 10.09.1996 № 80/9/96 № 254, заключенный между АОЗТ «Антивирал» и Северо-Западным Центром по контролю качества и сертификации лекарств, на определение срока годности новой лекарственной формы антигриппина в двухцветных капсулах;
- договор от 20.03.1996 № 77/96/19/3/96, заключенный между АОЗТ «Антивирал» и Северо-Западным Центром по контролю качества и сертификации лекарств, на определение срока годности лекарственной формы антигриппин в капсулах, упакованных в банки для фармацевтических средств;
- договор № 62/6/96 от 07.06.1996, заключенный между АОЗТ «Коммет» и АОЗТ «Антивирал», на изготовление и размещение рекламы Антигриппина в Петербургском метрополитене;
- договор от 30.09.1997 № 30/09, заключенный между ООО «Бонус» и ЗАО «Антивирал», на размещение рекламных материалов Антигриппин (плакатов А3) в метрополитене с 01.10. по 30.11.97 г.

Дополнительными доказательствами использования ЗАО «НПО «Антивирал» наименования «антигриппин» при введении лекарственного средства в гражданский оборот могут служить следующие документы:

- контракт от 21.11.1995 № 01677319/059-95/61/11/95 между АО «Антивирал» и СП АОЗТ «ЛенАрт» на поставку полиграфической продукции (этикетки «Антигриппин») со спецификацией;
- контракт от 29.11.1995 № 01677319/060-95/64/11/95 между АО «Антивирал» и СП АОЗТ «ЛенАрт» на поставку полиграфической продукции (этикетки «Антигриппин») со спецификацией;
- контракт от 27.12.1995 № 01677319/065-95 72/95 между АО «Антивирал» и СП АОЗТ «ЛенАрт» на поставку полиграфической продукции (этикетки «Антигриппин») со спецификацией;
- договор подряда от 21.12.1995 № 36 между АОЗТ «Антивирал» и Близнюк Ю.Н. на капсулирование антигриппина;
- договор подряда от 25.12.1995 № 37 между АОЗТ «Антивирал» и Галягиной В.Н. на наклейку этикеток и упаковку антигриппина;
- договор от 26.12.1995 № 38 между АОЗТ «Антивирал» и Кузаковой Г.Э. на наклейку этикеток и упаковку антигриппина;
- дополнительное соглашение от 20.11.1996 к договору № 60/6/96 от 06.06.96 между ООО «ПКС» и ЗАО «Антивирал» об изготовлении полиграфической продукции (самоклеющиеся этикетки «Антигриппин»);
- договор подряда от 21.12.1996 № 35 между АОЗТ «Антивирал» и Александровой Н.В. на капсулирование антигриппина;
- договор подряда от 11.01.1996 № 40 между АОЗТ «Антивирал» и Хадускиной Н.Ф. на расфасовку и упаковку капсул антигриппина;
- договор от 11.01.1996 № 41 между АОЗТ «Антивирал» и Зиминной Л.В. на расфасовку и упаковку капсул антигриппина;
- договор от 11.02.1997 № 1212/97 между ООО «Рикон» и ЗАО «Антивирал» об изготовлении полиграфической продукции (самоклеющиеся этикетки «Антигриппин»).

Также указанные обстоятельства подтверждает нотариально заверенное заявление Сусловой О.В., работавшей в период с 01.11.1994 по 29.12.2000 в Муниципальном предприятии «Фармация» на различных руководящих должностях: генерального директора, коммерческого директора, первого заместителя генерального директора. Согласно заявлению Сусловой О.В., в указанный период Муниципальное предприятие «Фармация» осуществляло закупку препарата «Антигриппин» у ЗАО «Антивирал» на

основе заключенного договора с целью обеспечить население препаратом «Антигриппин» производства ЗАО «Антивирал», поскольку объем антигриппина, изготавливаемого в производственных отделах аптек МП «Фармация», был недостаточен для удовлетворения потребностей согласно рецептам, выписываемым в установленном порядке, особенно в период гриппа и респираторно-вирусных инфекций с сентября по март.

Аналогичные обстоятельства содержит нотариально заверенное заявление Шатравка Т.Г., работавшей в Муниципальном предприятии «Фармация» в должности генерального директора в период с 18.09.1996 по 24.02.2000, что было подтверждено ею лично при даче пояснений на заседании Комиссии ФАС России 31.10.2011.

Доказательств, подтверждающих начало введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Антигриппин», Ответчиком представлено не было. Однако в материалах дела № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства имеются грузовые таможенные декларации, самая ранняя из которых датирована 21.01.1997, грузополучателем является ЗАО «Волга Натур Продукт», входившее в тот период времени в группу компаний «Натур Продукт». По ходатайству Заявителей копии грузовых таможенных деклараций приобщены к материалам дела № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства.

Однако как свидетельствуют материалы дела, обозначение «антигриппин» использовалось задолго до получения Ответчиком регистрационного удостоверения П-8-242 № 007124 от 04.03.1996 на торговое наименование лекарственного препарата «Антигриппин».

Данное обстоятельство подтверждается следующими материалами дела.

Упоминание препарата под условным наименованием «антигриппин» содержится в статье «Клинические данные по эффективности лечебного применения антигриппина у детей и взрослых» в журнале Министерства здравоохранения Украинской ССР «Врачебное дело» № 9 за 1963 г., г. Киев. В статье описываются наблюдения кафедры 1-го Ленинградского медицинского института им. Акад. И.П. Павлова на базе больниц им. Филатова и им. Боткина по предложению института переливания крови за лечением больных гриппом детей и взрослых новым препаратом, выпущенным Ленинградским институтом переливания крови под названием антигриппина. Антигриппин производили из сывороток доноров, иммунизированных живой противогриппозной вакциной типа А2 и В. Институт рекомендовал применять антигриппин при гипертоксической форме гриппа.

Далее обозначение «антигриппин» упоминается в научной литературе применительно к препарату, условно названному «антигриппином», проходившему испытания в клинике острых респираторных заболеваний во время вспышки гриппа А2-Гонконг в Ленинграде (статья «Лечение гриппа «антигриппином» в сборнике трудов «Грипп А2-Гонконг» (Клиника и лечение) под редакцией д.м.н. проф. Д.М. Злыдникова).

Данное обозначение упомянуто также в материалах первого Всесоюзного симпозиума по химиопрофилактике и химиотерапии гриппа, прошедшего в Ленинграде 23-25 июня 1971 г., «Химиопрофилактика и химиотерапия гриппа», опубликованных в Ленинграде в 1972

году. В статье сотрудников ВНИИ гриппа МЗ СССР «Лечебная эффективность антигриппина при экспериментальном и естественном гриппе» описываются исследования, послужившие основанием для составления и последующего испытания комбинированного препарата «антигриппина», а также результаты клинических испытаний противогриппозной активности «антигриппина».

В статье «Проблемы профилактики и лечения гриппа», опубликованной в № 8 за 1972 г. издания Министерства здравоохранения Союза ССР «Клиническая медицина» говорится об успешном использовании прописи, условно названной «антигриппином», и описывается ее состав во время вспышки гриппа А2-Гонконг в 1969-1971 гг., а также содержится рекомендация использовать для лечения типичного неосложненного гриппа комбинацию патогенетических и симптоматических средств типа антигриппина.

Далее «антигриппин» упоминается в следующих научных источниках:

- статье «Симптоматические и патогенетические лечебные препараты» в главе «Лечение гриппа и других острых респираторных заболеваний» в монографии «Острые респираторные заболевания» (Москва, 1974);

- статье сотрудников Ленинградского химико-фармацевтического института «О технологии таблеток антигриппина» в журнале Всесоюзного научного общества фармацевтов Министерства здравоохранения СССР «Фармация» № 1 за 1975 г. В статье содержится вывод о целесообразности периодического выпуска таблеток антигриппина на фармацевтических фабриках во время эпидемии гриппа;

- главе «Перспективы улучшения лечения вирусных заболеваний» в книге Злыдникова Д.М., Казанцева А.П., Старшова П.Д. «Терапия вирусных болезней» (Москва, 1979). В 1969 г. ВНИИ гриппа МЗ СССР была предложена для лечения гриппа пропись медикаментов, условно названная «антигриппином». Описаны результаты клинических испытаний «антигриппина»;

- методических рекомендациях Ленинградского НИИ эпидемиологии и микробиологии имени Пастера Министерства здравоохранения РСФСР «Лечение больных гриппом», 1981 г.;

- статье «Симптоматическое лечение гриппа» в главе «Средства и методы лечения гриппа» в книге Карпухина Г.И. «Профилактика и лечение гриппа» (Ленинград, 1985);

- разделе «Средства и методы лечения гриппа» брошюры Карпухина Г.И. «Профилактика и лечение гриппа» (Ленинград, 1989).

Кроме того, наименование «антигриппин» упоминается также в следующих официальных, в том числе ненормативных правовых, документах:

- «Методические рекомендации» Ленинградского химико-фармацевтического института, Ленинградского научного общества фармацевтов и Аптечного управления Исполкома

Ленгорсовета содержат методики анализа лекарственных средств, изготавливаемых в производственных аптеках, и включают в себя анализ порошков (антигриппина), 1975 г.;

- «Методические рекомендации» Ленинградского научного общества фармацевтов и Аптечного управления Исполкома Ленгорсовета (под редакцией И.К. Агалаковой) содержат анализ антигриппина для взрослых и антигриппина для детей, 1978 г.;

- Приказ Минздрава СССР от 07.08.1990 № 327 «О защите населения от гриппа и других острых респираторных заболеваний». Приложение № 3 «Методические указания по организации работы лечебно-профилактических учреждений в период эпидемии гриппа в городе (населенном пункте). Раздел «Работа аптек в период эпидемии»: «... заблаговременной расфасовкой наиболее часто используемых лекарственных препаратов, например, антигриппина».

- Приказ Минздрава РФ от 19.04.1995 № 101/46 «О защите населения от гриппа и других острых респираторных заболеваний». Приложение № 7 «Методические указания по клиническим особенностям терапии гриппа и ОРЗ у детей»: «В первые дни заболевания возможно применение комплексного препарата патогенетического действия «антигриппин» (сочетание анальгина с антигистаминными препаратами, аскорбиновой кислотой и рутином в возрастных дозах)».

Кроме того, следует отметить, что использование обозначения «антигриппин» применительно к лекарственным средствам противостудного и противогриппозного назначения, не имеющим привязки к определенным производителям, подтверждает также тот факт, что это слово вошло в словари русского языка.

Большой толковый словарь русского языка (Санкт-Петербург, 1998) дает следующее определение: «Антигриппин – лекарственный препарат, применяемый при лечении гриппа».

Словарь современного русского литературного языка в 20 томах (Москва, 1991): «Антигриппин – лекарственный препарат, применяемый при лечении гриппа».

Словарь новых слов русского языка (Санкт-Петербург, 1995): «Антигриппин – препарат для лечения гриппа. В этом году Главное управление здравоохранения решило по всем поликлиникам практиковать бесплатную выдачу антигриппина. – «Вечерний Ленинград, 1977. – Анти- (защищающий от чего-л.) + грипп + ин.

Вышеизложенное подтверждает, что обозначение «антигриппин» было распространено среди специалистов-фармацевтов и врачей до даты регистрации Ответчиком лекарственного средства под торговым наименованием «Антигриппин» 04.03.1996, причем данное обозначение не имело привязки к строго определенному составу и конкретному производителю и ассоциировалось в большей степени с лекарством, изготавливаемым в аптеке.

Данные обстоятельства подтверждаются также нотариально заверенным заявлением Новиченко И.А., являющейся по специальности провизором-аналитиком и работавшей с

1979 года в аптечных учреждениях Санкт-Петербурга (Ленинграда). Согласно заявлению Новиченко И.А., аптечная пропись «антигриппин», разработанная ВНИИ гриппа, находится в производстве аптек, имеющих рецептурно-производственный отдел с середины 70-х годов 20 века и по настоящее время. Одни из первых методических рекомендаций по контролю качества антигриппина были разработаны Аптечным управлением Исполкома Ленгорсовета совместно с Научным обществом фармацевтов в 1975-78 годах. С момента начала изготовления и продажи этого препарата по аптечной прописи наименование «антигриппин» стало широко употребляемым среди специалистов (врачей и фармацевтов/провизоров) и населения.

Аналогичное нотариально заверенное заявление сделано Чернышевой И.В., являющейся по специальности провизором и с 1981 года работавшей в аптечных учреждениях Санкт-Петербурга (Ленинграда).

При этом распространение обозначения «антигриппин» не ограничивалось каким-либо одним регионом, в данном случае Санкт-Петербургом (Ленинградом).

В материалах дела имеются копии заявлений Ефановой Н.И., Чечёткиной В.М., Быковской А.С., работавших провизорами и фармацевтами в период с 1973 по 1998 годы в аптеках г. Москвы, в которых в указанный период времени для симптоматического лечения гриппа и ОРВИ изготавливалось комбинированное лекарственное средство под условным названием «антигриппин». Указанное лекарственное средство («антигриппин») изготавливалось по фармакопейной прописи и в соответствии с рецептами врачей, предъявляемыми пациентами при обращении. Утвержденная пропись антигриппина варьируется по составу и с учетом возраста больного.

Кроме того, Заявителями представлена копия приказа ПО «Фармация» г. Кирова от 01.11.1989 № 570, которым утверждена «Номенклатура внутриаптечной заготовки, концентратов, полуфабрикатов». В разделе 4 «Порошки» содержатся две прописи под наименованием «Антигриппин взрослый» и «Антигриппин детский».

В соответствии с пунктом 2.6 Инструкции по контролю качества лекарственных средств, изготавливаемых в аптеках, утвержденной приказом Минздрава СССР от 03.04.1991 № 96, номенклатура концентратов, полуфабрикатов и внутриаптечной заготовки лекарственных средств, изготавливаемых в аптеках, должна утверждаться аптечным управлением или ПО «Фармация» после согласования с контрольно-аналитической лабораторией и доводиться до сведения всех аптек. Следовательно, номенклатура внутриаптечной заготовки, концентратов, полуфабрикатов, утвержденная приказом ПО «Фармация» г. Кирова от 01.11.1989 № 570, имела во всех аптеках города Кирова и использовалась ими в производственной деятельности.

Для целей рассмотрения дела № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении Ответчика по признакам нарушения части 2 статьи 14 Закона «О защите конкуренции» Комиссия ФАС России считает необходимым установить момент начала введения в гражданский оборот лекарственного средства под

наименованием «Антигриппин» как со стороны ЗАО «НПО «Антивирал», так и со стороны Ответчика.

Самые ранние договоры, заключенные ЗАО «НПО «Антивирал» на поставку лекарственного препарата «Антигриппин», датированы концом 1995 – началом 1996 года. К этому же периоду относятся договоры, заключенные ЗАО «НПО «Антивирал» на проведение рекламной кампании и изготовление полиграфической продукции (этикеток «Антигриппин»).

В качестве подтверждения начала введения в гражданский оборот лекарственного препарата «Антигриппин» со стороны Ответчика можно рассматривать грузовые таможенные декларации, самая ранняя из которых датирована 21.01.1997. Однако в соответствии с Инструкцией о порядке заполнения грузовой таможенной декларации, утвержденной приказом ГТК РФ от 25.04.1994 № 162, во втором подразделе графы 1 грузовой таможенной декларации должен указываться двузначный код таможенного режима в соответствии с Классификатором процедуры перемещения товаров через таможенную границу Российской Федерации. В представленных Ответчиком грузовых таможенных декларациях этот подраздел не заполнен, поэтому невозможно установить, каков таможенный режим товаров, указанных в грузовой таможенной декларации. В соответствии с Классификатором процедуры перемещения товаров через таможенную границу Российской Федерации код выпуска для свободного обращения – 40.

Поэтому Комиссия ФАС России констатирует, что введение Ответчиком в гражданский оборот лекарственного препарата под наименованием «Антигриппин» не могло иметь место ранее, чем группой компаний «Натур Продукт» был получен экспортный сертификат, разрешающий производство и/или продажу фармацевтических препаратов и подтверждающий оформление декларации об экспорте в Агентстве по лекарственным средствам, в том числе на «Антигриппин», то есть 17.01.1997.

Таким образом, Комиссия ФАС России установила, что введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного средства с использованием обозначения «Антигриппин» ЗАО «НПО «Антивирал» началось в конце 1995 – начале 1996 годов, в то время как введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного средства с использованием обозначения «Антигриппин» Ответчиком не могло начаться ранее января 1997 г.

Кроме того, к тому времени, с которого началось использование и Заявителями, и Ответчиком обозначения «Антигриппин» в качестве средства индивидуализации выпускаемой ими продукции, данное обозначение применялось в течение значительного периода времени специалистами (врачами и фармацевтами) в качестве наименования лекарственных средств противогриппозного назначения, в частности изготавливаемых по аптечным прописям лекарств. Применение данного обозначения нашло свое отражение в приказе Минздрава СССР от 07.08.1990 № 327 «О защите населения от гриппа и других острых респираторных заболеваний» и приказе Минздрава РФ от 19.04.1995 № 101/46 «О защите населения от гриппа и других острых респираторных заболеваний», а также в многочисленных научных публикациях.

При этом Комиссия ФАС России отмечает, что вопросы состава препарата, соответствия его тем или иным патентам на изобретения, о правах авторства и патентообладания не относятся к предмету рассмотрения настоящего дела, поскольку в рамках настоящего дела рассматриваются действия по приобретению и использованию исключительного права на товарные знаки.

По доводам, приведенным Ответчиком в обоснование своей позиции, необходимо пояснить следующее.

Довод о незаконности деятельности ЗАО «НПО «Антивирал» по осуществлению фармацевтической деятельности опровергается следующими обстоятельствами.

Самая ранняя лицензия № 01405 на право осуществления фармацевтической деятельности, имеющаяся в материалах дела, выдана ЗАО «Антивирал» (производственная оптовая аптека) 31.12.1996 Комиссией по лицензированию и аккредитации медицинской и фармацевтической деятельности Санкт-Петербурга.

Из содержания письма Комитета по здравоохранению Администрации Санкт-Петербурга от 01.11.1996 № 12-11/6-1411 следует, что АО «Антивирал» в период сезонной эпидемии гриппа в 1995-1996 годы производил и реализовывал антигриппин, в связи с чем данному предприятию разрешено на основе продления временной лицензии до конца 1997 года выпускать малые серии данного препарата по заказам аптек города (в статусе внутриаптечной заготовки).

В соответствии с постановлением Совета Министров – Правительства Российской Федерации от 27.05.1993 № 492 «О полномочиях органов исполнительной власти краев, областей, автономных образований, городов федерального назначения по лицензированию отдельных видов деятельности» и Инструкцией о порядке лицензирования фармацевтической деятельности аптечных учреждений и аптечных предприятий в Российской Федерации от 14.12.1992 лицензирование деятельности аптечных учреждений осуществлялась лицензионными комиссиями, создаваемыми органами государственного управления на федеральном уровне (для Российской Федерации), республик в составе Российской Федерации, краев, областей, автономных образований, городов Москвы и Санкт-Петербурга.

Поскольку в письме Комитета по здравоохранению Администрации Санкт-Петербурга говорится об имевшей место деятельности АО «Антивирал» по производству и реализации антигриппина в 1995-1996 годах, при том что деятельность аптечного учреждения без наличия лицензии запрещалась (пункт 1.2 Инструкции о порядке лицензирования фармацевтической деятельности аптечных учреждений и аптечных предприятий в Российской Федерации от 14.12.1992), правомерно сделать вывод о наличии у ЗАО «НПО «Антивирал» в указанный период времени лицензии на осуществление фармацевтической деятельности.

Обстоятельства выдачи лицензий на осуществление фармдеятельности также подтверждены нотариально заверенным заявлением Каревой Н.Н., работавшей в период с



1996 по 1999 год заместителем председателя Комитета по здравоохранению – начальником управления фармацевтическими учреждениями и предприятиями Правительства Санкт-Петербурга. Из заявления следует, что с целью обеспечения качественного предоставления услуг аптечными предприятиями/учреждениями г. Санкт-Петербурга, в отношении соискателей лицензии – вновь созданных предприятий, обратившихся с заявлением о выдаче лицензии на осуществление фармацевтической деятельности, Комиссия по лицензированию и аккредитации медицинской и фармацевтической деятельности Комитета по здравоохранению принимала решение о выдаче так называемых временных лицензий сроком на 1 (один) год. При необходимости такие лицензии продлевались по решению Комиссии Комитета по здравоохранению на основании заявления предприятия и иных необходимых документов, предоставляемых в установленном порядке, на тот же срок в случае отсутствия нарушения требований законодательных и нормативных документов в период действия лицензии.

Также это письмо можно рассматривать как подтверждение законности использования ЗАО «НПО «Антивирал» при введении в гражданский оборот лекарственного средства с обозначением «Антигриппин». Поскольку не только не содержит никакого запрещения либо ограничения на использование данного наименования, а отмечает положительный опыт производства и реализации указанного лекарственного средства под данным наименованием.

Ответчиком был заявлен довод, что препарат, изготавливаемый по аптечным прописям, носящий условное название «антигриппин», и лекарственное средство «Антигриппин», зарегистрированное Ответчиком в установленном законом порядке, не являются взаимозаменяемыми товарами, так как являются разными препаратами. Довод обусловлен тем, что законодательство разграничивает такие понятия как «производство лекарственных средств» и «изготовление лекарственных средств». Лекарственный препарат «Антигриппин» производства группы компаний «Натур Продукт» произведен промышленным способом, то есть имеет постоянный состав. Лекарственное средство в виде порошка, представляющее собой аптечную пропись, не имело постоянного состава и специального названия.

Комиссия ФАС России отклоняет указанный довод Ответчика, поскольку разграничение препаратов по способу их производства не имеет значения для целей рассмотрения данного дела, так как и препарат, произведенный промышленным путем, и препарат, изготовленный по рецепту врача, либо внутриаптечную заготовку, потребитель приобретает в аптеке. Оба препарата имеют одно предназначение: симптоматическая терапия при гриппе.

В силу пункта 3 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» взаимозаменяемые товары – товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях).

Соответственно, для целей рассмотрения данного дела принципиально важное значение имеет установление времени, с которого началось введение лекарственного средства с обозначением «Антигриппин» в гражданский оборот ЗАО «НПО «Антивирал» и Ответчиком.

Утверждения Ответчика о том, что введение им в гражданский оборот на территории Российской Федерации препарата «Антигриппин» началось с марта 1996 года, что подтверждается регистрацией указанного препарата в Минздраве (регистрационное удостоверение П-8-242 № 007124 от 04.03.1996) и датой подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки на регистрацию товарного знака со словесным элементом «Антигриппин» по свидетельству № 162689 (дата подачи заявки 26.03.1996, дата регистрации 31.03.1998), опровергается следующими обстоятельствами.

Сама по себе регистрация лекарственного средства не подтверждает введение в гражданский оборот лекарственного средства, а свидетельствует только о невозможности введения в гражданский оборот лекарственного средства до даты его регистрации.

Действовавшее в 1996 году и действующее в настоящее время законодательство не устанавливает обязанность лица, подающего заявку на регистрацию товарного знака, являющегося средством индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, уже осуществлять введение в гражданский оборот товаров к моменту подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. В связи с изложенным, дата подачи заявки на регистрацию товарного знака не может свидетельствовать о том, что введение в гражданский оборот товара, для индивидуализации которого товарный знак регистрируется, уже началось.

Кроме того, начало введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации Ответчиком лекарственного средства «Антигриппин» не могло иметь место ранее даты получения экспортного сертификата, то есть 17.01.1997.

Довод Ответчика о том, что Ответчик приобрел исключительные права на обозначение «Антигриппин» на основании регистрационного удостоверения на лекарственное средство П-8-242 № 007124 от 04.03.1996 и товарного знака по свидетельству № 162689 от 31.03.1998 (дата подачи заявки 26.03.1996), не может быть принят по следующим основаниям.

Регистрация Ответчиком лекарственного средства «Антигриппин» не предоставила Ответчику каких-либо исключительных прав на данное обозначение, поскольку до 04.03.1996 и после этой даты регистрировались лекарственные средства с наименованиями, включающими в себя обозначение «Антигриппин». В 1995 году был зарегистрирован гомеопатический препарат «АГРИ (Антигриппин гомеопатический)», в 2001 и последующие годы были зарегистрированы лекарственные препараты «Антигриппин-АНВИ», «Антигриппин-максимум», «Антигриппин-ОРВИ», «Гомеоантигриппин».

При этом Ответчик не обращался в уполномоченный орган исполнительной власти, регистрирующий лекарственные средства, либо в суд в связи с принятием решений о регистрации перечисленных лекарственных средств, хотя в силу статьи 32 Федерального закона «Об обращении лекарственных средств» от 12.04.2010 № 61-ФЗ решение об отмене государственной регистрации лекарственного препарата и исключении лекарственного препарата из государственного реестра лекарственных средств принимается уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в случае осуществления государственной регистрации лекарственного препарата под торговым наименованием зарегистрированного ранее под этим торговым наименованием лекарственного препарата; вынесения судом решения о нарушении прав правообладателя объектов интеллектуальной собственности при обращении лекарственных средств.

В комбинированный товарный знак по свидетельству № 162689 (дата подачи заявки 26.03.1996), зарегистрированный 31.03.1998 по заявке Ответчика в отношении товаров и/или услуг 05 класса МКТУ, был включен словесный элемент «антигриппин», однако все словесные, буквенные и цифровые обозначения кроме «NaturProdukt» и «Ваше здоровье и долголетие!», не являлись предметом самостоятельной правовой охраны.

В материалах дела не имеется сведений, и представители Ответчика не смогли пояснить Комиссии ФАС России, было ли включено в заявку на регистрацию товарного знака по свидетельству № 162689 требование о предоставлении правовой охраны словесному элементу «Антигриппин».

Однако, в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Закона РФ от 23.09.1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», действовавшего на момент регистрации товарного знака по свидетельству № 162689, не допускается регистрация товарных знаков, стоящих только из элементов:

- не обладающих различительной способностью;
- представляющих собой государственные гербы, флаги и эмблемы; официальные названия государств, эмблемы, сокращенные или полные наименования международных межправительственных организаций; официальные контрольные, гарантийные и пробирные клейма, печати, награды и другие знаки отличия или сходных с ними до степени смешения. Такие обозначения могут быть включены как неохраняемые элементы в товарный знак, если на это имеется согласие соответствующего компетентного органа или их владельца;
- вошедших во всеобщее употребление как обозначения товаров определенного вида;
- являющихся общепринятыми символами и терминами;
- указывающих на вид, качество, количество, свойства, назначение, ценность товаров, а также на место и время их производства или сбыта.

Обозначения, указанные в абзацах 2, 4, 5 и 6 настоящего пункта, могут быть включены как неохраняемые элементы в товарный знак, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Поскольку словесному элементу «Антигриппин» не была предоставлена правовая охрана, можно сделать вывод, что при проведении экспертизы товарного знака уполномоченный орган исполнительной власти пришел к выводу о том, что данный словесный элемент соответствует какому-либо абзацу из перечисленных в пункте 1 статьи 6 Закона РФ от 23.09.1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

Косвенно это подтверждается решениями Роспатента об отказе в регистрации словесного товарного знака «Антигриппин» по заявкам ЗАО «Антивирал» от 27.11.1997 и ОАО «Щелковский витаминный завод» от 26.02.2002.

Решением Роспатента от 11.08.2011, принятым по результатам рассмотрения возражения ЗАО «Гатхимфармпрепараты» от 21.04.2011 против предоставления правовой охраны товарному знаку по свидетельству № 375093, словесный элемент «Антигриппин» не был признан указывающим на назначение товара и являющимся в силу этого неохраноспособным.

Однако в этом же решении Роспатент сделал вывод о недостаточности представленных материалов для принятия решения о признании обозначения «Антигриппин» вошедшим во всеобщее употребление для обозначения товаров определенного вида.

Также Ответчиком подвергается сомнению возможность принятия представленных Заявителями договоров в качестве надлежащих доказательств введения ЗАО «НПО «Антивирал» в гражданский оборот препарата «Антигриппин» по следующим основаниям: к договорам не приложены лицензии покупателей, а также документы, подтверждающие исполнение договоров, накладные заполнены не в соответствии с требованиями Федерального закона от 21.11.1996 № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете». Кроме того, представленные договоры с физическими лицами на капсулирование «антигриппина», расфасовку и упаковку капсул «антигриппина», наклейку этикеток заключены с нарушением лицензионных требований, указанные в них физические лица не имели права заниматься деятельностью по изготовлению лекарственных средств.

Тот факт, что к договорам на поставку препарата «Антигриппин» не приложены лицензии покупателей на фармацевтическую деятельность, не свидетельствует, что такие лицензии не существовали и не предъявлялись поставщику при заключении договора. Наличие таких лицензий является одним из условий получения лицензии самим поставщиком, поскольку ему разрешается получение, хранение, оптовый отпуск, доставка готовых и изготовленных в аптеке лекарственных средств и изделий медицинского назначения лечебно-профилактическим и аптечным учреждениям и предприятиям, имеющим лицензию (протокол к лицензии № 01405 от 31.12.1996).

Отсутствие в накладных, приложенных к договорам, тех или иных реквизитов (должности и расшифровки подписи отпускающего и принимающего при наличии печати) не может служить основанием для вывода о том, что заключенный договор не исполнялся. Что касается других подтверждающих документов (счета, платежные поручения,

спецификации), то с учетом ограниченного срока хранения таких документов, за период 1995-1996 годов они могли не сохраниться в архивах.

Что касается законности заключения договоров с физическими лицами на выполнение определенных видов работ, то необходимо принять во внимание следующее. Следует исходить из содержания протокола к лицензии № 01405 от 31.12.1996. В указанном протоколе перечисляются аккредитованные специалисты, работавшие в ЗАО «Антивирал». Однако протокол к лицензии № 01405 от 31.12.1996 не содержит каких-либо ограничений или запрета на привлечение к выполнению каких-либо видов работ других физических лиц. Также не содержит каких-либо требований к образованию и квалификации персонала.

Довод Ответчика о том, что регистрация 16.09.2005 и ввод в 2006 году в гражданский оборот лекарственного препарата «Антигриппин-Максимум» побудили группу компаний «Натур Продукт» предпринять действия по прекращению незаконного использования ее товарных знаков по свидетельствам №№ 375093, 375094, 406816 со словесным обозначением «Антигриппин», опровергается материалами дела.

Лекарственный препарат «Антигриппин-максимум» производства ЗАО «НПО «Антивирал» зарегистрирован 16.09.2005 (удостоверение № ЛС-000744). Макет новой упаковки лекарственного препарата «Антигриппин-максимум» был согласован с Росздравнадзором (письмо Росздравнадзора от 10.07.2006 № 01-16094/06). Патент на промышленный образец «Упаковка» № 65842 зарегистрирован 16.03.2008 с приоритетом промышленного образца 18.11.2006. Патенты на промышленный образец «Упаковка (четыре варианта)» № 65573 и «Этикетка» № 65700 зарегистрированы 16.02.2008 с приоритетом промышленного образца 28.11.2006. Как пояснили представители Заявителей на заседании Комиссии ФАС России, в 2006 году начался ввод в гражданский оборот на территории Российской Федерации лекарственного препарата «Антигриппин-Максимум».

В свою очередь Ответчик подал заявки на регистрацию комбинированных товарных знаков по свидетельствам №№ 375093 и 375094 27.03.2007, а заявка на словесный товарный знак «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 была подана 03.06.2009, то есть в то время когда новый лекарственный препарат «Антигриппин-максимум» ЗАО «НПО «Антивирал» уже был введен в гражданский оборот.

При этом согласно представленному Ответчиком заключению специалиста-патентоведа В.В. Орловой, товарные знаки по свидетельствам №№ 375094, 375093, 406816 являются сходными до степени смешения с обозначениями, используемыми ЗАО «НПО «Антивирал» для маркировки лекарственных препаратов «Антигриппин-АНВИ» и «Антигриппин-максимум», в том числе на первичной и вторичной упаковках, а также в инструкции по медицинскому применению препаратов.

Кроме того, Ответчиком представлены социологическое исследование ВЦИОМ «Определение возможности введения в заблуждение потребителей препаратов «Антигриппин» 2010 г. и исследование Аналитического Центра Юрия Левады «Отчет о

результатах опроса: о сходстве обозначения «АнтиГриппин» с обозначениями «Антигриппин-ОРВИ», «Антигриппин-максимум», «Антигриппин-АНВИ», «АГРИ Антигриппин» 2010 г., из которых следует, что в ходе соцопросов установлена высокая степень схожести представленных обозначений.

Однако во время начала введения в гражданский оборот лекарственного препарата «Антигриппин-максимум» заявки Ответчика на регистрацию товарных знаков по свидетельствам №№ 375094, 375093, 406816 еще не были поданы, поэтому ЗАО «НПО «Антивирал» никоим образом не мог при разработке упаковок лекарственного средства «Антигриппин-максимум» незаконно использовать товарные знаки Ответчика по свидетельствам №№ 375094, 375093, 406816.

Также на даты подачи ЗАО «НПО «Антивирал» заявок на регистрацию патентов на промышленные образцы №№ 65842, 65573 и 65700 - 18.11.2006 и 28.11.2006, Ответчиком не использовался и ранее зарегистрированный им комбинированный товарный знак по свидетельству № 162689. Данное обстоятельство было рассмотрено коллегией Палаты по патентным спорам с целью установления факта использования данного товарного знака в период времени с 20.11.2006 по 19.11.2009 при рассмотрении заявления ОАО «Валента Фармацевтика» о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака по свидетельству № 162689 в связи с его неиспользованием на территории Российской Федерации. Решением Роспатента от 28.06.2010 досрочно полностью прекращена правовая охрана товарного знака по свидетельству № 162689.

При этом следует отметить, что с 1996 г. и до середины 2011 г. Ответчик не предъявлял никаких претензий ни к одному из производителей лекарственных препаратов, в названии которых присутствовало обозначение «Антигриппин» (ЗАО «НПО «Антивирал», ООО «НПФ «Материя Медика Холдинг», ОАО «Валента Фармацевтика» ООО «Предприятие «Гомеофарма»).

Как следует из письменных объяснений Ответчика, достигнув в 2009 году показателя 4 736 362 млн. штук реализуемых упаковок лекарственного препарата «Антигриппин» объемы продаж в 2010 году резко снизились до 3 591 619 млн. штук.

Получив после регистрации 20.04.2010 словесного товарного знака «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 исключительные права на указанное обозначение, Ответчик в середине 2011 года начал рассылку предупредительных писем о нарушении исключительных прав.

На заседаниях Комиссии ФАС России 24.10.2011, 31.10.2011, 07.11.2011 представителями Ответчика были заявлены следующие ходатайства.

Представителем Ответчика заявлено ходатайство о направлении запроса в Росздравнадзор о разъяснении вопросов применения законодательства, указанных в письменном ходатайстве.

Комиссия ФАС России отказала в удовлетворении заявленного ходатайства в связи с тем, что у Росздравнадзора нет полномочий по разъяснению законодательства в соответствии с Положением о Федеральной службе по надзору в сфере здравоохранения и социального развития, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 323.

Представителем Ответчика представлено письменное ходатайство о проведении анализа состояния конкуренции в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1 14/152-11.

Комиссия ФАС России отклонила заявленное ходатайство, поскольку в соответствии с пунктом 1.4 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, не требуется проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденных по признакам нарушения статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Представителем Ответчика представлено письменное ходатайство об отложении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 1 14/152-11 до принятия Роспатентом решения о соответствии товарного знака по свидетельству № 406816 требованиям законодательства и даны по нему пояснения.

Комиссия ФАС России отклонила заявленное ходатайство, поскольку Комиссия ФАС России рассматривает дело о нарушении антимонопольного законодательства в соответствии с имеющейся у ФАС России компетенцией и не рассматривает вопросы, входящие в компетенцию Роспатента.

Кроме того, в соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 47 Закона «О защите конкуренции» комиссия может приостановить рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае и на срок рассмотрения антимонопольным органом, судом, органами предварительного следствия другого дела, имеющего значение для рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Представителем Ответчика представлено письменное ходатайство об отложении рассмотрения дела до принятия судом решения по заявлению о признании незаконными решения ФАС России о приостановлении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, бездействия ФАС России в части непринятия мер по пресечению нарушения антимонопольного законодательства, законных прав и интересов заявителя.

Комиссия ФАС России отклонила заявленное ходатайство, поскольку принятие решения об отложении заседания Комиссии ФАС России прямо противоречило бы мотивам приостановления производства по делу № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства, так как решение по делу № 1 14/152-11 о нарушении антимонопольного законодательства имеет определяющее значение для вынесения решения по делу № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства. Данная позиция была

изложена в письме ФАС России Ответчику, направленном по поручению Правительства Российской Федерации в ответ на обращение Ответчика в Правительство Российской Федерации.

В соответствии с частью 2 статьи 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» недобросовестная конкуренция - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Согласно части 2 статьи 14 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Таким образом, исходя из установленных Комиссией ФАС России обстоятельств дела, имеющих в деле доказательств, Комиссия ФАС России приходит к выводу о наличии в действиях Ответчика, связанных с приобретением и использованием исключительных прав на комбинированные товарные знаки по свидетельствам №№ 375093 и 375094 с использованием словесного элемента «АнтиГриппин» и словесный товарный знак «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 всех признаков недобросовестной конкуренции, указанных в пункте 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции»:

- направленность на получение преимуществ в предпринимательской деятельности над конкурентом выразилась в приобретении Ответчиком исключительных прав на указанные товарные знаки и совершении Ответчиком действий по препятствованию в использовании Заявителями словесного обозначения «Антигриппин» для индивидуализации производимых ими лекарственных средств «Антигриппин-АНВИ» и «Антигриппин-максимум»;
- противоречие требованиям добропорядочности, разумности и справедливости выразилось в приобретении Ответчиком исключительных прав на словесное обозначение «АнтиГриппин», используемое фармацевтическими предприятиями на территории Российской Федерации в составе наименований выпускаемых ими лекарственных средств, до даты приоритета указанных товарных знаков;
- способность причинения убытков хозяйствующему субъекту-конкуренту выразилась в требованиях Ответчика, направленных заинтересованным лицам, о прекращении производства, хранения и иного введения в гражданский оборот на территории РФ фармацевтических препаратов, маркированных обозначением «Антигриппин-максимум»



и «Антигриппин-АНВИ», что привело к возврату уже произведенной продукции и приостановке производства, а также направлении Ответчиком заявления в ФАС России о недобросовестной конкуренции со стороны ЗАО «НПО «Антивирал», на основании которого в отношении ЗАО «НПО «Антивирал» было возбуждено дело № 1 14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции».

Принимая во внимание упомянутые обстоятельства, и руководствуясь статьей 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883, статьей 4, частью 2 статьи 14, статьей 23, частями 1 и 2 статьи 41, частью 2 статьи 45, статьей 49 Закона о защите конкуренции, Комиссия ФАС России

#### Р Е Ш И Л А:

Признать действия ЗАО «Натур Продукт Интернэшнл», связанные с приобретением и использованием исключительных прав на словесный товарный знак «АнтиГриппин» по свидетельству № 406816 и комбинированные товарные знаки по свидетельствам №№ 375093 и 375094, актом недобросовестной конкуренции в соответствии с частью 2 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».